

# Ontslag van werknemers in het bijzonder onderwijs en commissies van beroep anno 2017

E. van Vliet, datum 21-04-2017

## Datum

21-04-2017

## Auteur

E. van Vliet<sup>[1]</sup>

## Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

## Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

De rechtspositie van werknemers in het bijzonder onderwijs is sinds de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (Wwz) ingrijpend gewijzigd. Waren zij voor de inwerkingtreding van de Wwz nog uitgezonderd van de preventieve ontslagtoets, sinds 1 juli 2015 geldt deze uitzondering niet meer. Daarmee is ook het juridisch speelveld voor de commissies van beroep, die sinds 1905 in het bijzonder onderwijs bestaan, veranderd. Met de Wwz lijkt het ontslagrecht voor werknemers in het bijzonder onderwijs genormaliseerd, maar op onderdelen is dat niet het geval. In dit artikel worden drie onderwerpen aan de orde gesteld: het ontslagrecht en ontslagcommissies, de commissies van beroep en de ketenregeling.

## 1. Ontslagrecht in het bijzonder onderwijs

### 1.1 Ontslagrecht voor invoering van de Wwz

Werknemers in het bijzonder onderwijs (onderwijs dat niet van overheidswege wordt gegeven), zijn werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>[2]</sup> Voor invoering van de Wwz was onderwijzend en docerend personeel van de preventieve ontslagtoets uitgezonderd (art. 2 lid 1 sub b BBA). De uitzondering, die was ingegeven door de vrijheid van onderwijs en de godsdienstvrijheid, was ook van toepassing op onderwijsondersteunend personeel en werd ruim uitgelegd. Deze was bijvoorbeeld ook van toepassing op rijinstructeurs.<sup>[3]</sup> Hoewel er dus voor werknemers in het bijzonder onderwijs geen preventieve ontslagtoets gold, konden zij wel tegen het ontslagbesluit beroep instellen bij een commissie van beroep, die het ontslag repressief toetste. Deze commissies bestonden al sinds 1905 en waren per onderwijssector en/of naar denominatie ingesteld. Naast ontslag waren er nog andere beroepsgronden. Aansluiting bij een commissie van beroep was als bekostigingsvoorwaarde in de verschillende onderwijswetten opgenomen. Er is veel te doen geweest om de juridische status van de uitspraak van een commissie van beroep. Met name was de vraag of het een bindend advies betrof. In het arrest Amghane heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een uitspraak van de commissie van beroep geen bindend advies is en de werknemer hieraan niet gebonden is, tenzij partijen dit ondubbelzinnig zijn overeengekomen.<sup>[4]</sup> Het Hof Amsterdam heeft een aantal keer geoordeeld dat ook de werkgever in relatie tot de werknemer niet aan een uitspraak was gebonden.<sup>[5]</sup> Voor wat betreft de relatie tussen de werkgever en de overheid was dat anders, omdat aan niet-naleving van de uitspraak van de commissie van beroep consequenties in de sfeer van de bekostiging konden worden verbonden. In de praktijk gebeurde dat zelden of nooit.

### 1.2 Wwz: introductie preventieve ontslagtoets in het bijzonder onderwijs

Met de Wwz is er, zonder dat daar veel woorden aan zijn gewijd, voor gekozen de preventieve ontslagtoets voortaan ook van toepassing te laten zijn op werknemers in het bijzonder onderwijs.<sup>[6]</sup> De bepalingen over de commissies van beroep en de bekostigingsvoorwaarde zijn met ingang van 1 juli 2015 uit de verschillende onderwijswetten (WPO, WVO, WEC, WEB, WHW) geschrapt. Net als voor werknemers die buiten het onderwijs werkzaam zijn, is de te volgen ontslagroute afhankelijk van de ontslaggrond. Een voorgenomen ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 7:669 lid 3 onderdeel a en b BW) wordt door het UWV getoetst. Als het gaat om andere redenen wordt het ontslag door de kantonrechter getoetst (art. 7:669 lid 3 onderdeel c-h BW). Volgens de regering zal de rechter bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek indien nodig rekening houden met de vrijheid van onderwijs en de godsdienstvrijheid en zal dit – gelet op de ontslaggronden bedrijfseconomische redenen en langdurige arbeidsongeschiktheid – bij het UWV niet aan de orde zijn.<sup>[7]</sup> In het verleden oordeelde de rechter in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ook al over ontslag van

### 1.3 Onderwijsidentiteitsontslagcommissie

Ondanks de onderwijsvrijheid en de vrijheid van godsdienst is een 'gewone' preventieve ontslagtoets geïntroduceerd. Wel kan in geval van een identiteitsontslag een specifieke commissie, de 'onderwijsidentiteitsontslagcommissie' (afgekort: OIOC), over een ontslag oordelen.<sup>[8]</sup> Uit art. 7:671 lid 1 aanhef en sub h BW volgt namelijk dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig kan opzeggen zonder de schriftelijke instemming van de werknemer tenzij de opzegging een werknemer in het bijzonder onderwijs betreft en de reden voor de opzegging is gelegen in handelen of nalaten van de werknemer dat onverenigbaar is met de uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende identiteit van de desbetreffende school of instelling, mits voor de opzegging toestemming is verleend door een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie. De geschilbeslechting binnen eigen kring blijft hiermee in geval van een identiteitsontslag behouden. De regels betreffende de cao-ontslagcommissie (art. 7:671a lid 2 onderdelen a-d BW) zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Zo moeten regels worden gesteld met betrekking tot hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslistermijn. Onduidelijk is of een OIOC bij cao moet worden ingesteld.<sup>[9]</sup> Voorbeelden van identiteitsontslagen die in het verleden aan de commissies van beroep zijn voorgelegd zijn: het ongehuwd samenwonen, het uiting geven aan een overtuiging als jehova getuige in het rooms-katholiek onderwijs, het zich onttrekken aan het kerkverband of het zich op twitter kritisch uitlaten over de islam. Een identiteitsontslag was bij de commissies van beroep in het verleden zelden aan de orde. Mijn verwachting is dan ook niet dat de OIOC veel ontslagzaken voorgelegd zal krijgen.<sup>[10]</sup> Bij mijn weten heeft alleen de Vereniging Gereformeerd Schoolonderwijs tot op heden een OIOC ingesteld. Naar mijn idee roept de regeling van de OIOC een aantal juridische complicaties op, die tijdens de parlementaire behandeling niet aan de orde zijn geweest. Afgevraagd kan worden of art. 7:669 BW op het identiteitsontslag van toepassing is. Nu hiervoor geen uitzondering is opgenomen, ligt het voor de hand te concluderen dat art. 7:669 BW onverkort van toepassing is. Er moet dus aan de herplaatsingsplicht worden voldaan en er moet een redelijke grond zijn. Als een werknemer bijvoorbeeld in dienst is van een samenwerkingsbestuur, acht ik herplaatsing niet uitgesloten. Voor wat betreft de redelijke grond is met art. 7:671 lid 1 aanhef en sub h BW een wettelijke ontslaggrond geïntroduceerd (het identiteitsontslag). Dit betekent echter niet per definitie dat het identiteitsontslag ook past binnen de limitatieve ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW. Mogelijk is sprake van verwijtbaar handelen of nalaten (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW) of een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW), maar dat zal niet per definitie het geval zijn. Een oplossing is het identiteitsontslag onder de restgrond (art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW) te scharen, hoewel kan worden afgevraagd of een identiteitsontslag zich wel voor toepassing van de restgrond leent, die immers alleen in uitzonderlijke situaties aan de orde is.<sup>[11]</sup> Een uitspraak die wel in die richting lijkt te wijzen is die van de Kantonrechter Enschede.<sup>[12]</sup> Kort gezegd stelde de stichting zich in deze zaak op het standpunt dat een docent geschiedenis zich niet respectvol op internet had uitgelaten. Hij had zich onder meer op de site van de Nederlandse Volksunie (NVU) uitgelaten en een website waar 'All cops are bastards'-artikelen worden verkocht gelikt. De arbeidsovereenkomst werd op basis van de h-grond ontbonden. Daarbij is overwogen dat de docent een voorbeeldfunctie heeft, dat hij niet (langer) geloofwaardig is en de angst voor onrust reëel is. Of deze situatie nu wel onder de h-grond past, is discutabel.<sup>[13]</sup> Om discussie over de verhouding tot de gronden van art. 7:669 lid 3 BW te voorkomen, is een oplossing een nieuwe grond voor het identiteitsontslag te creëren: een nieuw te formuleren art. 7:669 lid 3 onderdeel i BW. Los van de redelijke grond, kan de vraag naar samenloop ontstaan als de werkgever bij een identiteitsgeschil een ontbindingsverzoek indient en een OIOC is ingesteld. Naar mijn mening moet de kantonrechter het ontbindingsverzoek afwijzen indien alleen identiteitsargumenten worden aangevoerd. Het is dan aan de OIOC hierover te oordelen.<sup>[14]</sup>

### 1.4 Cao-ontslagcommissie

Omdat in het verleden het BBA niet van toepassing was, gold ook het afspiegelingsbeginsel niet.<sup>[15]</sup> Dit is onder het huidige recht wel het geval. Door een cao-ontslagcommissie op te richten, die in plaats van het UWV over ontslag wegens bedrijfseconomische redenen oordeelt, kunnen nog steeds afwijkende afvloeiingscriteria worden gehanteerd. Daarmee kunnen ook complicaties als gevolg van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel door het UWV in het onderwijs (bijvoorbeeld met betrekking tot het vaststellen van de bedrijfsvestiging of de uitwisselbare functie) worden voorkomen. Tot op heden is alleen in de CAO HBO 2016-2017 een cao-ontslagcommissie opgenomen (art. S-1). Deze is ondergebracht bij Stichting Onderwijsgeschillen. In art. S-1 lid 4 CAO HBO 2016-2017 is geregeld dat de ontslagcommissie in haar oordeel de ontslagcriteria zoals vastgesteld in het voor het desbetreffende ontslag geldende Sociaal Plan, dat als cao is aangemeld bij de inspectie SZW, betreft. Indien geen ontslagcriteria zijn vastgesteld, gelden de ontslagcriteria uit paragraaf 4 van de Ontslagregeling: het afspiegelingsbeginsel.

## 2. Commissies van beroep

Hoewel de commissies van beroep – zoals die er in het verleden waren – bij ontslag geen rol meer spelen, is in de onderwijs-cao's (met uitzondering van de CAO Nederlandse Universiteiten) wel de mogelijkheid opgenomen tegen een aantal specifieke in de cao opgenomen besluiten beroep in te stellen bij een landelijke commissie van beroep. Deze is voor elke onderwijssector ondergebracht bij Stichting Onderwijsgeschillen: de Commissie van beroep funderend onderwijs (voor primair en voortgezet onderwijs), de Commissie van beroep mbo en de Commissie van beroep hbo. In onderstaand overzicht is opgenomen welke besluiten voor beroep vatbaar zijn. Deze zijn in de verschillende onderwijs-cao's vastgelegd.

	CAO PO 2016-2017 Art. 12.1	CAO VO 2016-2017 Hoofdstuk 20	CAO BVE 2016-2017 Art. 12.2	CAO HBO 2016-2017 Art. S-2
Disciplinaire maatregel (m.u.v. ontslag)	X	X	X	X
Schorsing als ordemaatregel	X	X	X	X
Direct of indirect onthouden van promotie	X	X	X	-
De beëindiging van een verlengd dienstverband voor bepaalde tijd	X	-	-	-
Overplaatsing in het kader van de bestuursbenoeming	X	-	-	-
De aanwijzing van een andere instelling of andere instellingen waaraan de werknemer werkzaamheden zal verrichten	-	X	-	-
Eenmalige inhouding periodieke verhoging (en het niet toekennen van het schaaluitloopbedrag, als ook het onthouden van een periodieke verhoging op basis van het bekwaamheidsniveau (basis- of vakbekwaam))	X	X	-	-
Niet toekennen van het verzoek van de werknemer tot vermindering van de omvang van de betrekking op grond van de Wet flexibel werken	-	-	X	-

Hoewel de beroepsgronden niet voor elke sector hetzelfde zijn, geldt voor alle sectoren dat beroep kan worden ingesteld tegen het opleggen van een disciplinaire maatregel en tegen schorsing als ordemaatregel. Een werkgever stelt de werknemer bij aangetekende brief op de hoogte van de beroepsmogelijkheid. Een werknemer kan binnen zes weken nadat het besluit aan hem is verzonden, beroep instellen, waarna de werkgever een verweerschrift kan indienen. Vervolgens vindt een zitting bij de commissie van beroep plaats, waarna de commissie binnen zes weken uitspraak doet.

Voor wat betreft de gebondenheid aan een uitspraak van de commissie van beroep zijn in de cao's verschillende bepalingen opgenomen. In art. 12.1 lid 6 CAO PO is geregeld dat de uitspraken van de commissie van beroep bindend zijn. Hetzelfde is opgenomen in hoofdstuk 20 lid 5 CAO VO, maar in een voetnoot wordt vermeld: 'dit laat onverlet de mogelijkheid om het geschil alsnog voor te leggen aan de kantonrechter, indien partijen zich niet kunnen vinden in de uitspraak van de commissie'. Op grond van art. 12.2 lid 5 CAO MBO is de uitspraak bindend voor de werkgever en art. S-2 lid 5 CAO HBO bepaalt dat de uitspraak bindend is voor zowel de werknemer als de werkgever. Met deze cao-bepalingen is de gebondenheid aan een uitspraak – en daarmee de juridische status – niet eenduidig geregeld, wat geleid tot de discussie die hierover in het verleden is geweest kan worden betreurd. Op grond van de cao-teksten blijkt alleen uit de CAO HBO dat werknemer én werkgever gebonden zijn aan een uitspraak (bindend advies). In de CAO PO worden de werknemer en werkgever niet expliciet genoemd, maar aangenomen zou kunnen worden dat de gebondenheid op beide partijen ziet. In het voortgezet onderwijs zijn werkgever en werknemer alleen gebonden indien het geschil niet meer aan de kantonrechter wordt voorgelegd en in het middelbaar beroepsonderwijs is alleen de werkgever op grond van de cao-tekst gebonden aan een uitspraak.

### 3. Ketenregeling

Tot slot sta ik kort stil bij de nieuwe ketenregeling (art. 7:668a BW), die heeft geleid tot aanpassing van de onderwijs-cao's. Met name in het primair onderwijs, waar in het verleden een onbeperkt aantal tijdelijke contracten kon worden overeengekomen in een periode van drie jaar, heeft de ketenregeling in geval van vervanging bij ziekte tot discussie geleid. Op grond van art. 3.5 CAO PO kunnen in afwijking van art. 7:668a BW zes arbeidsovereenkomsten in een periode van drie jaar worden aangegaan. Omdat voor elke vervanging (ook als het een vervanging van soms enkele dagen betreft) een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten, is het maximum van zes arbeidsovereenkomsten dus snel bereikt.

en wordt de werknemer daarna niet meer ingezet. Overigens biedt de cao ook ruimte voor andere flexibele contractvormen bij vervanging, zoals het min-max-contract en een bindingscontract. Het werken met een vervangingspool bleek geen oplossing, omdat deze in perioden van hoog ziekteverzuim snel leeg raakt. Hoewel de minister in eerste instantie geen uitzondering voor het primair onderwijs wilde maken, heeft hij dat begin 2017 door wijziging van de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter toch gedaan.<sup>[16]</sup> In deze regeling worden functies in een bedrijfstak aangewezen waarvoor bij cao of regeling namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden bepaald dat de ketenregeling op grond van art. 7:668a BW niet geldt. Uit art. 1 lid 1 sub g van de Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter volgt dat als functie, bedoeld in art. 7:668a lid 8 BW wordt aangewezen: "onderwijsgevend personeel of onderwijsondersteunend personeel met lesgebonden of behandeltaken, voor zover deze functie wordt uitgeoefend in verband met vervanging wegens onvoorzien ziekteverzuim op basis van een arbeidsovereenkomst met een looptijd van ten hoogste 14 dagen die is ingegaan in de maanden januari tot en met maart."

Uit de toelichting bij de nieuwe Regeling volgt een aantal argumenten ter rechtvaardiging van de uitzondering. Het primair onderwijs is de enige onderwijssector waar ziekte van een leerkracht niet mag leiden tot lesuitval en de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering vereist het gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Omdat het werkzaamheden van tijdelijke aard betreft, ligt het niet in rede dat een vast contract zal ontstaan. Verder wordt geregeld wat door cao-partijen onder 'onvoorzien ziekteverzuim' wordt verstaan: het verzuim dat een werkgever in redelijkheid niet heeft kunnen zien aankomen, zoals ten tijde van een griepgolf. De regeling geldt uitsluitend voor arbeidsovereenkomsten van ten hoogste 14 dagen die zijn ingegaan in de maanden januari tot en met maart. In een nieuw art. 3.5a van de CAO PO 2016-2017 is de buitentoepassingverklaring van de ketenregeling voor de maanden januari tot en met maart in 2017 en 2018 geregeld.

## 4. Conclusie

Hoewel het ontslagrecht onverkort van toepassing is geworden op werknemers in het bijzonder onderwijs, blijven belangrijke accentverschillen bestaan.<sup>[17]</sup> Zo kan in geval van een identiteitsontslag aan een OIOC (in plaats van het UWV of kantonrechter) worden verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dat de commissies van beroep geen rol meer spelen bij ontslag, betekent niet dat zij volledig van het toneel zijn verdwenen. Als bijvoorbeeld een disciplinaire maatregel wordt opgelegd of de werknemer wordt geschorst, kan beroep worden ingesteld bij de landelijke commissie van beroep in plaats van de gang naar de rechter te maken. Voor het instellen van een cao-ontslagcommissie is tot op heden alleen in het hbo gekozen. Wellicht wordt, naar aanleiding van ervaringen met het afspiegelingsbeginsel, ook in andere onderwijssectoren voor afwijkende afvloeiingscriteria en een cao-ontslagcommissie gekozen. Bovendien is de ketenregeling in het primair onderwijs in de eerste maanden van 2017 en 2018 in geval van vervanging (op basis van kortdurende arbeidsovereenkomsten) bij onvoorzien ziekteverzuim in de CAO PO buiten toepassing verklaard, om te voorkomen dat klassen naar huis moeten worden gestuurd. Tot op heden geldt voor leerkrachten in het openbaar onderwijs het ambtenarenrecht en hebben zij niet van doen met de wijzigingen die de Wwz met zich heeft gebracht. Nu het initiatiefwetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren eind 2016 ook door de Eerste Kamer is aangenomen en het arbeidsrecht op ambtenaren van toepassing zal worden, worden de commissies van beroep en de ontwikkelingen rondom het ontslagrecht – waarschijnlijk met ingang van 2020 – ook voor deze groep van belang.

### Voetnoten

<sup>[1]</sup>

Mevr. mr. dr. E. van Vliet is Universitair Docent bij Erasmus School of Law, sectie Arbeidsrecht.

<sup>[2]</sup>

Dit geldt ook voor personeel dat in dienst is van een samenwerkingsbestuur (een stichting waarbij zowel openbare als bijzondere scholen zijn aangesloten, art. 17 WPO en 53c WVO) en een samenwerkingsschool (een school waarbinnen openbaar en bijzonder onderwijs wordt gegeven, art. 17d WPO en 53d WVO).

<sup>[3]</sup>

Hof Arnhem 2 augustus 2011, JAR 2011/139, m.nt. M.M. Koevoets.

<sup>[4]</sup>

HR 31 mei 1996, NJ 1996/693, m.nt. P.A. Stein (*Amghane*).

<sup>[5]</sup>

Hof Amsterdam 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP0651 en Hof Amsterdam 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4254.

<sup>[6]</sup>

Zie hierover ook W. Lindeboom, 'Wet werk en zekerheid: de commissie van beroep na de WWZ', *School en Wet*, februari 2015, p. 5-6.

[7]

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 52 en p. 59-60.

[8]

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 52.

[9]

W.H.A.C.M. Bouwens, F.H.J.G. Brekelmans & W. Lindeboom, *Verbetering van de positie van de Commissies van Beroep*, Utrecht: Expertisecentrum Onderwijsgeschillen 2014, p. 13.

[10]

Zie hierover uitgebreid: E. van Vliet, *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs* (diss. EUR), Den Haag: BJu 2016, p. 223-229 en p. 256-258.

[11]

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 46.

[12]

Ktr. Enschede 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3337.

[13]

Zie hierover ook de noot van Lindeboom bij de uitspraak in JAR 2016/240.

[14]

E. van Vliet, *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs* (diss. EUR), Den Haag: BJu 2016, p. 258-264.

[15]

In bijvoorbeeld het primair onderwijs golden andere afvloeiingscriteria dan het afspiegelingsbeginsel.

[16]

*Stcrt.* 2017, 132.

[17]

Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de rechtspositie van onderwijzend personeel: F.H.J.G. Brekelmans & E. van Vliet, 'De leraar', in: G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 101-143.